



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2019

Vom Drang, Freiheit zu regulieren

Hilty, Reto M ; Richter, Heiko

Other titles: On the urge to regulate freedom

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-179868>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Hilty, Reto M; Richter, Heiko (2019). Vom Drang, Freiheit zu regulieren. *MaxPlanckForschung*, 21(3):10-15.

Vom Drang, Freiheit zu regulieren

Die Digitalisierung verändert die Wirtschaft, die Gesellschaft und das Leben jedes Einzelnen. Mit ihr wächst das Bedürfnis nach klaren rechtlichen Rahmenbedingungen. Diese sollten der Datenwirtschaft ausreichend Freiraum lassen und zugleich verhindern, dass sich zu viel Marktmacht in einer Hand konzentriert. Unsere Autoren beleuchten, wie die Politik in jüngerer Zeit die Herausforderungen angeht. Und sie warnen vor protektionistischen Regelungen und übereilten Entscheidungen – nicht nur im digitalen Bereich.

TEXT **RETO M. HILTY** UND **HEIKO RICHTER**

In der Nacht vom 23. auf den 24. Mai 1949 trat das Grundgesetz in Kraft. Auf dem Boden dieser Freiheitsordnung wuchs in Deutschland eine demokratisch und rechtsstaatlich verfasste Gesellschaft heran, und es entwickelte sich ein damals noch kaum vorstellbarer Wohlstand. Bewusst sahen die Mütter und Väter des Grundgesetzes jedoch davon ab, eine bestimmte Wirtschaftsordnung festzuschreiben. Gleichwohl wurden die Eckpfeiler einer

Dienstleistungen und Kapital. Was in der deutsch-französischen Aussöhnung seinen Anfang nahm, gipfelt inzwischen in einem Binnenmarkt, der einer halben Milliarde Menschen offensteht. Motor dieses Binnenmarktes ist das Wettbewerbsprinzip. Funktionsgarant ist der Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen. Funktionierender Wettbewerb ist es, was Marktteilnehmer ständig zu Innovationen antreibt und immer wieder neue Problemlösungen hervorbringt.

Über die konkrete Ausgestaltung eines liberalen Wirtschaftssystems lässt sich natürlich kontrovers diskutieren: Durch welche Rahmenbedingungen werden innovative Wirtschaftsakteure begünstigt? Welchen Grad an Freiheit benötigen sie – und welche Rolle soll der Staat spielen? Auf welche Gesichtspunkte soll sich marktrelevante Regelsetzung durch den Staat ausrichten? Solche Fragen sind wirtschaftspolitische Dauerthemen. Im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung stellen sie sich aber in besonderer Schärfe. Woran liegt es etwa, dass Deutschland im IMD World Competitiveness Ranking jüngst auf Rang 17 zurückgefallen ist und im Zuge einer globalen Kräfteverschiebung offenbar den Anschluss zu verlieren droht?

Inmitten des gegenwärtigen politischen Weltklimas ist die Gefahr virulent, dass Gesetzgeber versuchen, Missstände auf einfache Kausalitäten zurückzuführen und vermeintliche Fehlentwicklungen durch

Die wirtschaftspolitische Wetterfahne richtet sich nach nationalen Phantasmen

liberalen Wirtschaftsordnung bereits im Grundgesetz angelegt: die Eigentumsgarantie, der Schutz der Berufsfreiheit und der allgemeinen Handlungsfreiheit.

Heute, 70 Jahre später, erscheint uns ein marktwirtschaftliches System selbstverständlich, zumal sich auch die im Jahre 1957 gegründete Europäische Wirtschaftsgemeinschaft darauf verständigte. Der Ausbau eines „gemeinsamen Marktes“ folgt seinerseits den Prinzipien der Freizügigkeit für Personen, Waren,



In ganz Europa gab es im Frühjahr 2019 Proteste gegen den geplanten Artikel 13 der EU-Urheberrechtsreform. Wissenschaftler teilen die Befürchtung, dass die neue Regelung zu einem flächen-deckenden Einsatz von Uploadfiltern führt. Trotzdem verabschiedete das EU-Parlament die Richtlinie.

spezifische Regulierung zu „korrigieren“. Besser wäre es, sich darauf zu konzentrieren, die allgemeinen Rahmenbedingungen zu verbessern und damit ergebnisoffene Investitionsanreize zu setzen. Stattdessen richtet sich die wirtschaftspolitische Wetterfahne vermehrt nach dem Wind nationaler Phantasmen, die simple ökonomische Grundsätze ignorieren. Symptomatisch hierfür sind etwa das deutsch-französische „Manifest für die Industriepolitik“ und die von Bundeswirtschaftsminister Peter Altmaier herausgegebene „Industriestrategie 2030“ aus dem Frühjahr 2019.

Das Strategiepapier propagiert eine aktivere staatliche Industriepolitik, damit deutsche Unternehmen im globalen Wettbewerb bestehen könnten. So soll sich der Anteil der Industrie an der Bruttowertschöpfung in Deutschland an einer Zielvorgabe von 25 Prozent im Jahr 2030 orientieren. Um sich auf dem Weltmarkt zu behaupten, sollen dafür bestimmte Industrien und speziell auch deutsche Großunternehmen gestärkt werden. Außerdem regt das Papier die Einrichtung eines staatlichen Beteiligungsfonds an,

tige Determinante für Innovation: Die entscheidenden Informationen für die Bewältigung künftiger Herausforderungen gehen vom Markt aus. Die im Wettbewerb agierenden Akteure sind daher weit besser als der Staat in der Lage, die laufende technologische Entwicklung zu analysieren und neue Bedürfnisse adäquat zu befriedigen.

Wenn stattdessen der Staat *national champions* designiert und die Produktion gewisser Güter und Dienstleistungen gezielt lenkt, dringt er in einen sensiblen Kernbereich unternehmerischer Entscheidungsfindung vor. In eine ähnliche Richtung geht es auch, wenn bestimmte Industrien aufgebaut werden, um auf dem Weltmarkt vermeintlich aufzuholen oder Abhängigkeiten aufzubrechen. Genau dies tat die EU-Kommission gemeinsam mit den Mitgliedstaaten im Oktober 2017, als sie die sogenannte Batterie-Allianz ins Leben rief. Unter erheblichem Einsatz öffentlicher Mittel soll der Aufbau einer Batteriezellenfertigung für Elektromobilität unterstützt werden. Industriekonsortien sollen mit Beihilfen der EU und der Mitgliedstaaten gefördert werden – mit mehreren Milliarden in den nächsten Jahren, so der französische Wirtschaftsminister Le Maire. Derweil fordert sein Berliner Pendant, dass im Jahr 2030 ein Drittel des weltweiten Batterienbedarfs durch europäische Hersteller gedeckt werde (derzeit sind es etwa vier Prozent).

Doch je langfristiger der strategische Zeithorizont für solche Entwicklungsszenarien gesetzt wird, desto größer ist die Gefahr ihres Scheiterns. Der EU-Rechnungshof monierte denn auch mit Recht, dass sich die EU-Förderung der Batterie-Allianz weitgehend auf bestehende (insbesondere Lithium-Ionen-Batterien) und nicht auf bahnbrechende neue Technologien konzentriere. Schon frühzeitig mehrten sich also die Anzeichen, dass man den falschen Weg einschlägt: Der Wettbewerbsnachteil würde nicht aufgeholt, sondern im Gegenteil sogar zementiert, der Druck für echte Innovation würde durch staatliche Intervention beseitigt. Geschaffen würden Industrien, die nach Auslaufen der Förderungen nicht mehr überlebensfähig wären.

Nun bedeutet diese Zurückhaltung gegenüber Interventionen der öffentlichen Hand natürlich nicht, dass dem Staat keine Rolle zukäme, im Gegenteil. Wenn sich Geschäftspraktiken zum Schaden der Gesellschaft auswirken können, sind klare rechtliche Grenzziehungen gerechtfertigt. In solchen Fällen dem öffentlichen Interesse dezidiert zum Durchbruch zu

Der Schutz alteingesessener Geschäftsmodelle verzögert den nötigen Strukturwandel

um in wichtigen Fällen Unternehmenskäufe aus dem außereuropäischen Ausland abwehren zu können. Pate standen diesen Ideen sowohl die am Kartellrecht gescheiterte Fusion der Zugsparten von Siemens und Alstom als auch die erfolgreiche Übernahme des Augsburger Roboterherstellers Kuka durch den chinesischen Midea-Konzern.

Die Kritik aus der Wirtschaft erfolgte prompt – einmütig und in der Sache nachdrücklich ablehnend. Auch der Wissenschaftliche Beirat beim Bundeswirtschaftsministerium wies den eingeschlagenen Weg entschieden zurück. Tatsächlich irritiert das ministeriale Selbstverständnis, als politischer Entscheidungsträger künftige Entwicklungen besser vorhersehen zu können als dezentral agierende Wirtschaftsakteure. Dies offenbart nicht nur das mangelnde Vertrauen der Politik in den Grundsatz, dass die Gewährung unternehmerischer Freiheit letztlich dem Wohle aller dient. Infrage gestellt wird darüber hinaus eine wich-



verhelfen, ist eine der Kernaufgaben des Staates. Nicht dazu gehören allerdings Interventionen zum Schutz einzelner Akteure gegenüber jenen, die den Wettbewerb mit innovativen Produkten, Dienstleistungen, Vertriebsmöglichkeiten oder Geschäftsmodellen zu beleben versuchen. Diese gebotene Grenzziehung bleibt oft unbeachtet, wodurch innovativen Akteuren immer wieder spezifische Marktregulierungen in den Weg gestellt werden. Das betrifft Apotheken ebenso wie den Buchhandel oder das Taxigewerbe.

Gewiss, unter Umständen legen begründete Gemeinwohlerwägungen spezifische Regulierung nahe, etwa mit Blick auf den Gesundheitsschutz, die Meinungsvielfalt oder zur Durchsetzung ethischer Prinzipien. Bedenklich ist indes, wenn solche Gründe vorgeschoben werden, um alteingesessene Geschäftsmodelle abzusichern. Dadurch geraten die betroffenen Wirtschaftszweige im globalen Wettbewerb nur noch schneller ins Hintertreffen. Bloß verzögert würde damit jener Strukturwandel, der mit dem technologischen Fortschritt unweigerlich einhergeht. Weitsichtige Politik zielt daher in die entgegengesetzte Richtung: Sie konzentriert sich darauf, notwendige Strukturanpassungen rechtzeitig zu erkennen und jene Freiräume zu schaffen, die die unausweichlichen Schritte begünstigen. Gleichzeitig liegt eine zentrale Aufgabe des Staates darin, einschneidende Veränderungen sozialverträglich zu gestalten und die Rahmenbedingungen so festzulegen, dass sich das Handeln der Akteure auf lange Sicht auch für das Gemeinwesen nutzenmaximierend auswirken kann.

Die Ausgestaltung eines „digitalen Ordnungsrahmens“ ist dabei besonders komplex. Entsprechend ist Vorsicht geboten vor regulatorischen Schnellschüssen und dysfunktionalen Regeln. Das bisherige politische Vorgehen in Bezug auf die Datenwirtschaft darf im Ergebnis als positives Beispiel gewertet werden. Seinen Ausgang nahm es in der Vorstellung, es sei eine Art „Dateneigentum“ zu schaffen. Angestoßen wurde dieser Diskurs von deutschen Rechtswissenschaftlern. EU-Kommissar Günther Oettinger setzte das Dateneigentum umgehend auf die Kommissionsagenda. Auf den ersten Blick leuchtet alles ein: Zwischen Unternehmen sollen mehr Daten getauscht und gehandelt werden. Das betrifft insbesondere maschinengenerierte Daten, etwa Bodenmessungen durch Traktoren bei der Feldarbeit, Informationen über die Verkehrsdichte durch fahrende Automobile oder Echtzeit-Sensordaten aus der industriellen Fer-

tigung. Innovationspolitisch erscheint das Teilen von Daten sinnvoll, denn diese lassen sich vielfältig verwenden und rekombinieren. Moderne Datenanalysemethoden liefern neue Erkenntnisse und stiften so in unterschiedlichsten Gesellschaftsbereichen Nutzen.

Naheliegender mag es dabei erscheinen, ein Eigentumsrecht an Daten demjenigen zuzusprechen, der sie „produziert“. Aus der Nähe betrachtet, schlagen

Google hat ausreichend Marktmacht, um Lizenzen zum Nulltarif durchzusetzen

derartige Überlegungen allerdings fehl: Statt den Austausch zu fördern, würde ein Dateneigentum Transaktionen verkomplizieren. Dritte könnten vom Zugang ausgeschlossen und marktmächtige Stellungen gestärkt werden; geschaffen würden neue Rechtsunsicherheiten. Diese Zusammenhänge hat die Fachkommission der EU-Kommission präzise aufgearbeitet. In einer gelungenen Mischung aus Analysen der real existierenden Verhältnisse und theoretischer Fundierung erkannte sie, dass für ein neues Ausschließlichkeitsrecht schlicht kein Bedarf besteht. Die Einführung eines Dateneigentums wäre daher in den Kampf gegen eine Hydra gemündet: Statt ein vermeintliches Problem zu lösen, wäre eine Vielzahl von neuen geschaffen worden.

Aus politischer Sicht war der Verzicht auf ein Dateneigentum mutig; er dürfte deutlich schneller in Vergessenheit geraten als eine neue Regelung. Freigelegt werden konnte so aber der Weg für eine anders gelagerte und viel wichtigere Debatte: In deren Zentrum steht die Verfügbarkeit von Daten als entscheidender Innovationsfaktor. Kernfrage ist – letztlich mit Blick auf gesamtgesellschaftliche Vorteile –, wer zu welchen Zwecken und unter welchen Bedingungen Zugang zu bestimmten Datensätzen erhalten sollte. Als Erfolg zu werten ist dabei, dass Wirtschaft, Wissenschaft und Politik hier zusammenwirken, um regulatorische Bedürfnisse zu eruieren und unüberlegten gesetzgeberischen Aktivismus zu vermeiden.

Ganz anders verlief die jüngste Urheberrechtsreform der EU. Mit unionsweiten Demonstrationen gegen den berüchtigten „Artikel 13“ wurde jene



buchstäblich auf die Straße getragen. Die Proteste fußten auf der berechtigten Befürchtung, dass die Reform einen flächendeckenden Einsatz von Upload-Filtern bei Onlineplattformen bewirke. Nichtsdestotrotz hat die EU die Regelung nunmehr als Artikel 17 der neuen „Richtlinie zum digitalen Binnenmarkt“ festgeschrieben. Gleichzeitig wurde eine andere weitreichende Regelung beschlossen: Europaweit einzuführen ist nun ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger, das vordergründig darauf abzielt, diese an den Einnahmen von „News-Aggregatoren“ zu beteiligen. Solche Dienste führen Nutzer gestützt auf deren Suche über Links direkt auf die Verlagswebseiten. Mit diesen Links platzieren sie kleinere, urheberrecht-

Trotz deutlicher Defizite hievte man das Presseverlegerrecht auch noch auf EU-Ebene

lich nicht geschützte Ausschnitte („Snippets“) aus den betreffenden Artikeln. Genau hier setzt das neue Leistungsschutzrecht an, indem es diese Verwendung von Snippets nunmehr der Einwilligung des betroffenen Presseverlegers unterwirft. Flüchtig betrachtet mag dies einleuchten. Übersehen wird damit aber die zentrale Funktion solcher Aggregatoren: Unterm Strich führen sie den Verlegern nämlich weit mehr Nutzer zu, als die Verleger selbst erreichen könnten.

Trotzdem machten sich die deutschen Presseverleger zunächst auf nationaler Ebene für ein solches Leistungsschutzrecht stark. Und der Gesetzgeber sprang ihnen auch prompt zur Seite. Seit 2013 benötigen Aggregatoren in Deutschland folglich eine Lizenz, um Snippets zu verwenden. Die Rechnung wurde allerdings ohne den größten Wirt gemacht. Denn ausgerechnet Google, derjenige Akteur, den man in erster Linie treffen wollte, verfügt über ausreichende Marktmacht, um Lizenzerteilungen zum Nulltarif durchzusetzen. Kleineren – namentlich spezialisierten nationalen – Aggregatoren ist dies kaum möglich. Können oder wollen diese nicht zahlen, besteht die Gefahr, dass gewisse Inhalte gar nicht mehr verlinkt werden. Das schadet dann nicht nur den betroffenen Verlagen, sondern vor allem den Nutzern, für die der Informationszugang erheblich verkompliziert wird.

Trotz dieser augenfälligen Defizite wurde das deutsche Presseverlegerrecht – entgegen der Vereinbarung im damaligen Koalitionsvertrag – nie evaluiert. Stattdessen hievte man es nun auf EU-Ebene. Dieses Vorgehen ist aus einem besonderen Grund besorgniserregend. Einflussreiche Medienhäuser verfügen über ein beachtliches Druckpotenzial gegenüber politischen Entscheidungsträgern. Erliegen Politiker solchem Druck, erweisen sie der demokratisch-freiheitlichen Gesellschaft einen Bärendienst. Bedroht ist damit nicht nur die unternehmerische Freiheit, sondern recht eigentlich die Meinungsfreiheit.

Letztlich offenbart der digitale Wandel bei diesem Beispiel zwei Seiten einer Medaille: Fördert die Digitalisierung des Medienbereichs zunächst die Verbreitung von und den Zugang zu Information und damit die freie Meinungsbildung, so droht ein Zusammentreffen von Marktmacht, Meinungsmacht und politischer Macht gleichzeitig, den Kerngehalt eines freiheitlichen Systems auszuhöhlen. Gerade im Kontext der Informationsmärkte ist besondere Wachsamkeit angezeigt, um mithilfe des Wettbewerbsrechts einen geeigneten marktwirtschaftlichen Ordnungsrahmen zu spannen. Aus gutem Grund ist die Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission mit weitgehenden Durchsetzungsbefugnissen ausgestattet.

Die tragende Funktion des Wettbewerbsrechts hat die zuständige Kommissarin Margrethe Vestager in jüngerer Zeit mit Rekordbußgeldern gegen Google in Erinnerung gerufen: Wer so viel Marktmacht hat, dass er die Spielregeln des Marktes zu seinen Gunsten beeinflussen kann, unterliegt besonderen Verpflichtungen, diese Macht nicht zu missbrauchen. Das gilt in erhöhtem Maß für datengetriebene Geschäftsmodelle und Wertschöpfungsketten, denn Netzwerkeffekte und die faktische Konzentration von Daten bei einzelnen Akteuren erhöhen das Risiko privater wirtschaftlicher Einflussnahme in bislang kaum vorstellbarer Weise. Was derzeit in erster Linie in Bezug auf Suchmaschinen, soziale Netzwerke oder Handelsplattformen für Unruhe sorgt, dehnt sich immer weiter aus. Angesichts der entscheidenden Bedeutung der Verfügbarkeit von Daten drohen neue Machtkonzentrationen und Technologievorherrschaften gerade etwa im Hinblick auf maschinelles Lernen. Das besondere Augenmerk der EU-Kommission und der Bundesregierung auf solchen Entwicklungen ist sehr zu begrüßen.

Auch jenseits dieser Problematik liegt es in der Verantwortung des Staates, innovationsfördernde Rahmenbedingungen zu schaffen. Dazu gehören – wie der Wissenschaftliche Beirat beim Bundeswirtschaftsministerium darlegt – beispielsweise ein international wettbewerbsfähiges Steuersystem, aber auch ein ausreichendes Angebot an Energie, an Wagnis- und vor allem an Humankapital. Letzteres betrifft insbesondere das Bildungs- und Forschungssystem. Einfache Rezepte verfassen hier nicht. Wenn die Bundesregierung im Rahmen ihrer Strategie zur künstlichen Intelligenz (KI) etwa ankündigt, mit 100 zusätzlichen Professuren eine breitere Verankerung der KI an Hochschulen abzusichern, wirft dies grundlegende Fragen zur Attraktivität des Wissenschaftsstandortes Deutschland auf. Denn schon die Besetzung der derzeit vakanten Positionen stellt eine Herausforderung dar, stehen öffentliche Einrichtungen hier doch in scharfer, globaler Konkurrenz mit der Privatwirtschaft. Solche planwirtschaftlichen Zielvorstellungen lassen vor allem in einem Land aufhorchen, in dem es noch vor wenigen Jahren eines Weckrufs des Bundesverfassungsgerichts bedurfte, um grundrechtswidrig niedrige W2-Grundbesoldungen anzuheben. Wären Freiheitsperspektiven nicht besser geeignet als Zielvorgaben, um die besten Köpfe nach Deutschland zu locken?

Das Grundgesetz mit seiner freiheitlichen Ausrichtung weist hier ebenso den Weg wie die auf Grundfreiheiten basierende Integration des EU-Binnenmarktes. Gemessen an den Verhältnissen von 1949 ist es ein epochaler Fortschritt, wenn Frankreich und Deutschland heute ganz selbstverständlich gemeinsam über solche Fragen nachdenken. Nicht zielführend wäre es jedoch, wenn Versuche zur Bewältigung der digitalen Herausforderungen auf einen Wettlauf oder gar eine Koordination kurzsichtiger staatlicher Interventionen hinausläufen. Stattdessen sollten sich die Gesetzgeber darauf konzentrieren, möglichst freiheitsorientierte Rahmenbedingungen zugunsten privater Akteure zu etablieren. Gewiss gibt es Grenzen, besonders dort, wo sich zentrale gesellschaftliche Ziele und Wertvorstellungen nicht von selbst auf dem Nährboden der Freiheit entwickeln, sondern als fundamentale Aufgabe vom Staat zu verwirklichen sind. Gleichwohl wäre es verfehlt, wenn die Politik das Vertrauen in den Nutzen weitreichender Freiheiten des Einzelnen verliert. Die Freiheit des Individuums ist der beste Garant für Innovation und Fortschritt. Letztlich dient Freiheit damit dem Wohle aller. ◀

DIE AUTOREN



Reto M. Hilty ist seit 2002 Direktor am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb. Er ist außer-

dem Ordinarius ad personam an der Universität Zürich und lehrt als Honorarprofessor an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Seine Forschungsgebiete umfassen das Vertragsrecht für immaterielle Güter, Grundsatzfragen zu Schutzrechten und neuen Technologien sowie die europäische und internationale Schutzrechtsharmonisierung.



Heiko Richter ist seit 2015 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb in München. Er erwarb seine juristischen

Abschlüsse in Berlin und New York sowie seinen betriebswirtschaftlichen Abschluss in Mannheim. Seine Forschung konzentriert sich auf das Wettbewerbs- und das Urheberrecht, insbesondere auf Regelungen für datengetriebene Wirtschaftszweige und für die Nutzung von Informationen aus öffentlichen Stellen.